32 Rosendo 24 39



POR

DON ANTONIO DE SANTIAGO.

EN EL PLEYTO.

CON IVAN GAMERO, Lorenço de Leon, Marcos de Leon, Bartolome de Leon, y consortes, vezinos de la villa de Palma.

En Granada, En la Imprenta Real, Por Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1654.

2

N. 1 HECHO Constantes es, que por el año passado de seyscientos y diez y siete Licenciado Gonçalo de Leon, Presbitero, vezino de la villa de Palma, otorgò su testamento, baxo de cuya disposicion muriò, en el qual fundò onze vinculos de ciertos bienes en las personas siguientes, de los quales se referiran solo los consernientes a el pleyto, porque lo demas fuera causar confusiones.

2 ¶ El primero vinculo a fauor de Leonor de Leon, abuela del dicho don Antonio, sobrina del dicho fundador, hija de Antonia de Leon su hermana la mayor, y despues della a sus hijos, y descendientes, prefiriendo el mayor a el menor para siẽpre jamas.

3 ¶ Segundo vinculo, a fauor de Francisco de Leon, padre de Iuan Ponce, quarto vinculo, a fauor de Iuan de Leon, primero, y vltimo posseedor, que es sobre que se litiga.

4 ¶ Septimo vinculo a fauor de Iuana Sãchez, madre de Lorenço de Leon, que litiga, cõ las condiciones siguientes.

Clausula General.

5 ¶ *Mando, que los que aqui nombro para que posean estos bienes que dexo vinculados, gozen de los frutos, y en muriendo, sucedan en los dichos vinculos, y bienes dellos sus hijos mayores varones, ò hembras, y tras estos sus hijos, nietos y viznietos, y assi vayan discurriendo de vnos en otros para siempre jamas.*

6 ¶ *Con tal condicion, que todos los que posseyeren estos vinculos, y bienes dellos, han de ser legitimos de legitimo matrimonio, y no legitimados, y que sean Cristianos viejos, y q̃ casen con gente limpia de toda raza de confesos, Iudios, ni Moriscos, y de otra qualquiera raza.*

Y a los

7 ¶ Y a los que no lo hizieren assi, los excluyo destos vinculos, y los doy por no llamados, si no que en su lugar de los que esto no guardaren, suceda el hermano que le siguiere, varon, ò hembra.

8 ¶ Y por el dicho orden sucedan en el dicho vinculo que yo dexo para siempre de vnos en otros, porque en este vinculo y los demas no ha de tener vno dos vinculos, si no solo vno, y por esso digo, que a los que fueren excluydos en estos vinculos, sucedan los segundos hermanos, y no auiendolos, suceda el segundo hijo varon, ò hembra, primo, ò hermano de el muerto, hijo del hermano que fuere tras el, ò del excluydo, con q̃ tenga las calidades dichas, y desta manera, y con estas condiciones vayan sucediendo de padres a hijos, y de hijos a nietos para siempre jamas.

6 ¶ Y con condicion, que todos los que sucedieren en los dichos vinculos han de ser casados, y no de otro estado alguno, porque no han de ser Monjas, ni Beatas, ni Beatos, ni Clerigos, ni de otro estado, si no casados.

10 ¶ Y si lo que Dios no quiera, ni permita, alguno de los llamados a estos vinculos, cometiere algun delito de crimen lesæ maiestatis, ò el pecado nefando contra naturam, ò otro qualquiera, por el qual meresca confiscasion, y perdimiento de bienes, este tal YO NO LO LLAMO a la sucessiõ destos vinculos, y bienes dellos, si no lo excluyo como si no fueran nazidos, ò murieran antes de entrar a posseerlos, y en su lugar sucedan en los dichos vinculos el hijo mayor varon, ò hembra del que tal cometiere, como aya nazido antes que el padre cometiera el tal delito, y no auiendo hijos, suceda el sobrino deste tal varon mayor, ò hembra del hermano, hijo de el hermano que fuere tras el excluydo no teniendo otro vinculo.

11 ¶ Y que los que posseyeren los oliuares dexados en estos vinculos, han de ser obligados a lleuar el azeytuna de ellos a el dicho molino vinculado, y a ello se les ha de apremiar.

12 ¶ Hecho constante es, que el vinculo primero de la abuela de don Antonio, se fundò sobre vn molino de azeyte, y mucha cantidad de oliva res, y vnas casas principales, y los demas vinculos, solo tienen olivares sin molino.

13 ¶ Por muerte del vltimo posseedor se opusieron a este pleyto todos los litigantes, preten-

diendo

diendo la possession de los bienes del dicho vinculo; vnos por parientes mas cercanos del fundador, y otros del vltimo posseedor, y todos verificaron sus filiaciones en conformidad de el arbol, de que no se duda.

14 ¶ Pretende don Antonio reuocacion de la sentencia de vista, para lo qual se diuidirà su defensa en dos articulos.

15 ¶ En el primero, se fundarà su justicia. En el segundo, se excluyràn a los demas opositores por su orden.

Primero Articulo.

16 ¶ No es dudable que el fundador de los dichos vinculos los quiso hazer perpetuos para los hijos, y descendientes de las personas a fauor de quien los fundò: y esto se verifica por las conjecturas que de la dicha disposicion se deduzen, las quales son bastantes para induzir el vinculo, y mayorazgo perpetuo, aunque clara, y especificamente no se diga q̃ se haze, Dom: Molin. libr. 1. cap. 5. numer. 1. Mieres 2. part. quæst. 15. per tot. Ped. Surd. cons. 241. num. 3 4. & 24. Casanate cons. 16. num. 20. & cons. 2. nu. 4. Dom. Castill. controuer. cap 22. num. 39. tom. 2. & lib. 5. cap. 93. §. 6. num. 1. & cap. 145. num. 46. Gabriel Pereira decis. Portugal. 5. num 3.

17 ¶ Y en la disposicion de los dichos vinculos concurren muchas conjecturas, que manifiestan claramente quiso el testador fundar mayorazgos perpetuos.

18 ¶ Y la primera conjectura se deduze del llamamiento general que puso en la dicha disposicion por regla para todos, llamando despues de los primeramente nombrados a sus hijos, nietos, y visnietos; clausula primera, ibi: *Sucedan en los dichos vinculos, y bienes dellos, sus hijos mayores varones, ò hembras; y tras estos sus hijos, nietos, y visnietos, y assi vayan discurriendo de vnos en otros para siempre jamas*, de los quales llama

mientos se deduze claramente la conjectura referida de auer querido fundar mayorazgo perpetuo, Dom.Molin. lib. 1. cap. 5. num. 38. Mieres 2. part. quæst. 5. num. 31. Thesaur. decis. 96. num. 15. Menoch. consf. 117. num. 9. lib. 2. Peregrin. de fidei cõm. artic. 20. num. 40. Surd. consf. 241. num. 13. D. Francisco Geronimo de Leon, decis. 173. num. 32. Dom. Castill. lib. 5. cap. 93. §. 4. num. 8.

19 ¶ Mayormente quando los llamamiẽtos se hazen como en la dicha disposicion con palabras que denotan tracto sucesiuo; tunc namque, procede con mayor llaneza la presuncion referida, Farinac. decis. 125. n. 3. part. 1. Menoch. consf. 1195. num. 12. Dom. Molin. dict. lib. 1. cap. 5. num. 41. D. Castill. lib. 2. cap. 22. num. 89. & libr. 5. cap. 93. §. 2. num. 14.

20 ¶ La segunda conjectura es de auerse hecho el dicho llamamiento con la calidad de mayores varones, ò hembras, ibi, ex dicta clausula, *sus hijos mayores varones, ò hembras*: porque como esto es propio de la naturaleza de los mazorazgos, haziendose los llamamientos con semejante calidad, se deue presumir que quiso el instituydor hazer vinculo y mayorazgo perpetuo, vt animadvertit Socinus, consf. 43. num. 9. & 10. libr. 3. & consf. 52. numer. 43. lib. 4. Peregrin. consf. 46. num. 7. lib. 2. & de fideicõmis. art. 14. Surd. consf. 141. num. 31. Hyppolito Riminald. consf. 543. num. 112. & 116. lib. 5. Dom. Molin. lib. 1. cap. 5. à nu. 18. & 39. Flores de Mena lib. 1. var. quæst. 17. num. 38. Mieres 2. part. quæst. 5. n. 13. Dom. Valençuel. Velasquez consf. 69. numer. 6. ibi: *Quia vocatio maioris, seu primogeniti, intelligitur de successione perpetua non destricta ad primam successionem.*

21 ¶ Tunc, porque no lo dexò en terminos el testador de voluntad conjecturada, si no que expressamente lo decidiò, diziendo, que en los dichos vinculos auian de sucederse los vnos a los otros perpetuamente para siempre jamas, Dom. Castillo cap. 143. num. 14. & per tot.

22 ¶ Siendo, pues, cierto que el dicho llamamien-

mamiento general fue pueſto por el dicho fundador para todos los vinculos de la dicha diſpoſicion, ſe ha de entender en cada vno repetido, como ſi determinadamente en cada vno dellos ſe huuiera pueſto, quia ſuccedit regula clauſulam generalem referri ad ea, quæ habent diſcretam, ſeu expreſſam prouiſionem, Dom. Gregor. Lopez in l. 9. tit. 7. part. 7 gloſ. 4 Menoch. libr. 4. præſumpt. 181. num. 6. Peregrin. de fideicom. art. 16. num 16.

23 ¶ De lo qual reſulta conſiguientemẽte, que el vinculo, y mayorazgo, ſobre que ſe litiga, es perpetuo, y que ſe ha de regular, y gouernar ſuceſſion por las reglas de los mayorazgos perpetuos.

24 ¶ Siendo, pues, eſto cierto, y que el mayorazgo, ſobre que ſe litiga, vacò por fin, y muerte de Iuan de Leon ſin hijos, ni deſcendientes, ſe ha de entender eſtan llamados a la ſuceſsion del dicho vinculo los tranſverſales del dicho fundador, Dom. Molin. dict. lib. 1. cap. 4. num. 38. & 39. Ant. Gomez in l 40. Taur. num. 59. &. 64. Burgos de Paz quæſt. ciuilium, quæſt. 2. num. 67. & 69 cum ſeqq. Mieres 1. part. quæſt. 48. num. 67. Franciſco Molino de pact. nupt. lib. 3. quæſt. 23 à num. 15. Seſſe deciſ. 37. nu. 7. Dom Caſtillo libr. 2. cap. 22. numer. 57. & 75. & tom. 6. capitul. 143. per tot. Camilo de Medicis conſ. 2.

25 ¶ Et de communi, & vera reſolutione teſtantur à DD. ad Dominum Molinam dict. lib. 1 cap. 4. num. 38. verſ. *Et ſic eo ipſo*, ibi: *Et ſic eo ipſo, quod quis de aliquibus bonis ſe facere maioratum profitetur: tunc, quia in perpetuum, & infinitum maioratus inſtitutus cenſetur, non tantum quoad deſcendentes, verumetiam quoad tranſuerſales, licet de tranſuerſalibus in ſucceſsione, & in maioratu nullam mentionem fecerit, quia hoc verbum, maioratus, abſolutum eſt, & generaliſsimum, & dubio procul omnes de familia fundatoris in infinitum comprehenditur, ſiue Regia facultate, ſiue aliter, ſiue aſſertam, & ſpecificam lineam referatur, ſiue abſolutè, & indiſtinctè talis maioratus inſtitutio facta fuerit.*

24 ¶ Y eſto procede particularmente en los mayorazgos, porque conforme a ſu perpetuidad

ſon

son fauorables, y conuenientes a la Republica, y assi se han de ampliar, para que en falta de descendientes se admitan los transversales de la linea contentiua, vt resolvunt Dom. Molin. lib. 2. cap. 1. Gutierrez Canonic. lib. 2. quæst. 14. à num. 2. Pedro Surd. cõs. 241 lib. 2. Mieres 1. part. quæst. 3. per tot. Dom. Castill. dict. cap. 93. num. 49. ibi: *Quod autem in vltima dispositione testatoris, & vbi in fauorem agnationis, & familiæ dispositio perpetua fieret, quod linea contemptiuè etiam accipiatur, vt transuersales quoque contineantur indubio probarunt Prætis, & Authores ab eo relatis, & in maioratibus Hispaniæ atenta eorum natura, & perpetuitate, quid magis certum erit, cum ipsorum erectio, & institutio fauorabilis, & Reipublicæ ad modum conueniens dicatur.*

27 ¶ Auiendose, pues, de admitir a los parientes transversales de la linea contentiua del fundador (en que sin duda alguna està comprehendido dõ Antonio por descendiente de Leonor de Leon) ha de entrar primero la linea de Leonor de Leon, que fue la mayor de todos los demas trãsversales, de quiẽ descienden todos los demas opositores, y hasta que ayan faltado los descendientes de la dicha linea mayor, no pueden ser admitidos los demas descendientes de las lineas menores, argum. text. in l. filios quis patri, §. cum filius, ff. de bonis libert. ibi: *Et sine dubio, qui sequentis gradus sunt non admittuntur interim*, text. in l. quãdiu, ff. de acquir. hæred. l. 2. §. si intra, ff. de successor. ædict. ibi: *Si mortus sit prior statim sequens debet admitti*, Surd. cõs. 403. num. 26. volum. 3. Gutierr. cons. 53. num. 13. & 14. Robles de Salcedo de represent. lib. 3. cap. 4. nu. 8. 9. & 10. Dom. Valenç. Velazquez cons. 97. num. 110.

28 ¶ Porque lo contrario fuera oponerse a vn principio, y regla cierta en materia de mayorazgos, que es, que mientras huuiere descendientes de la linea mayor, no pueden admitirse los de las lineas inferiores, Gutierrez lib. 2. Canonic. quæst. 14. nu. 5. Dom. Castillo tom. 5. cap. 93. num. 9. alios plures referens.

29 ¶ Y aunque Iuan Gamero pretende ser descendiente de hermano mayor que Leonor de Leon,

Leon, abuela del dicho don Antonio, se le satisfarà en su lugar en el punto que trata de su exclusion, infra num.

30 ¶ De lo qual resulta entrar el dicho dō Antonio con llamamiento legal para la sucesion del dicho vinculo, con prelacion a todos los demas opositores, assi por descendiente de hermano mayor, como por serlo de la linea que mas amò el fundador, assi por auer sido el nombramiento primero que hizo della, como por auerle dado el mayorazgo de mayor consideracion, procurando la conseruaciō del en su linea, mas que a las demas, grauandoles a todas a que viniessen a moler la azeytuna de sus oliuares al molino del mayorazgo que dexò a la abuela del dicho don Antonio clausula para que percibiesse los emolumentos que por las dichas moliendas se dan, que son de consideracion mucha, cuya predileccion ha de ser bastante para preferir a don Antonio a todos los demas opositores, ex l. si quis eum 37 ff. de condit. & demonst. ibi: *Quoniam magis legatariū aliquod commodum testator in hoc seruo, quam hærede habere voluisse*, l. Iulianus 60. ff. de legat. 2. ibi: *Quia in fideicōmissis potiorem causam habere eum, cuius fides electa sit Senatus voluit.*

31 ¶ Tum, porque no solo se halla don Antonio con el llamamiento legal referido, y de la calidad dicha, si no que tiene en su fauor llamamiento expresso del dicho testador, en virtud de la substitucion reciproca que hizo en la clausula, ibi: *Mando que los que aqui nombro, para que posean estos bienes que dexo vinculados, gozen de los frutos, y en muriendo, sucedan en los dichos vinculos, y bienes dellos sus hijos mayores varones, ò hēbras, y tras estos, sus hijos, nietos, y visnietos, y assi vayan discurriendo de vnos en otros para siempre jamas.*

32 ¶ Porque no es dudable, que para la substitucion reciproca son bastantes conjecturas para su verificacion, ex l. cum. proponebatur, ff. de leg. 2 l. Lucius, §. tres hæredes, ff. ad Trebellianum, Peregrino de fideicomm. art. 13. n. 63. Fussar. quæst. 471.

33 ¶ Y en el caso presente ay conjecturas

 preci-

precisas,y necessarias,que manifiestan, y prueuan la dicha substitucion reciproca.

34 ¶ Prima,porque el fundador quiso que la sucesion de los vinculos que fundò se conservasse para siempre jamas entre las personas que alli nombrò,y en sus hijos, y descendientes, ibi: *Mando,q̃ los que aqui nombro*,& ibi: *Sus hijos,nietos,y visnietos*,& ibi: *De vnos en otros para siempre jamas*, en cuyos terminos es resolucion constante auer querido el fundador hazer tacita reciproca substitucion entre ellos, Menoch.cons.575.n.8.lib.6.&cons.661.num.1. Mãtica de coniecturis lib.7.tit.5.num.15.Fussar.q.472. num.22.& melius,quæst.475.num.28.in medio.

35 ¶ Y es la razon,porque como la voluntad del testador es la que primò attẽdi debet, l. in cõditionibus,ff.de condit.& demonstr.cum similibus, si no se diera la tacita reciproca substitucion passara la sucesion del vinculo a la persona que no quiso sucediesse,por no ser hijo, ni descendiente de aquellos alli nombrados,que son a los que el fundador quiso preferir,ibi: *Mando,que los que aqui nombro*,quod quidem minimè observandum est.

36 ¶ Segunda, porque entrò llamando, no por singularidad de personas,especificandolas a cada vna, si no colectiuamente llamadolas a todas, lo qual es bastante para que se reconozca la reciproca substitucion,text in l.4.vers. *Quæ quidem*, C. ad Senat.Consult.Tertul.donde auiendo dexado vn qui dan cierta parte de hazienda a dos hijos,ò mas,y despues substituydoles a vn estraño,auiẽdo muerto vno dellos,se declarò tocarle a los demas la parte que vacò,ibi: *Semperque ad supertites fratres volumus pertinere*, lo mismo resuelve la l.codicillis 34.de vsufruct.legat. l.cum quidam, ff.de leg.2. ibi: *Plane si cæteri defuncti sint superstiti dandum*, Fussario dict.quæst.472.nu.47. Dom.Larrea decis.61.n.8.& 9.

37 ¶ Y no obstarà si se dixere que esto se entiende quando fue la coleccion,asi en el llamamiẽto,como en la cosa para que se llamaron, pero no en cosas distintas,como los vinculos desta disposicion.

Porque

38 ¶ Porque se responde. Lo primero, que aunque es verdad que el fundador debaxo de vna disposicion hizo vinculos distintos, y diferentes: pero sin embargo los llamamientos colectiuos que a ellos hizo, se han de entender, coniunctim, no solo en las palabras, pero tambien en los vinculos para que fueron llamados, porque en su principio fueron todos vna misma cosa, & concursu eorum, partes fuerũt facte, l. coniunctim 80. ff. de leg. 3. ibi: *Coniunctim hæredes institui, aut coniunctim legari, hoc est totam hæreditatem, & tota legata singulis data esse; partes autem concursu fieri.*

39 ¶ Y dà la razon la ley vnica, §. his itaq; C. de caducis tollendis, ibi: *Quia coniuncti quidẽ propter vnitatem sermonis, quasi in vnum corpus redacti sunt, & partem coniunctorum sibi hæredum quasi suam preocupant,* Osuald. ad Donell. lib. 7. cap. 13. lit. C. ibi: *Si verò Cõsulto Consilio, & dedita opera coniunxerit, pariat ius acrecendi ad tantum possit, quantum duplex coniunctio, quia sunt ex mẽte testantis, etiam re coniuncti censetur.*

40 ¶ Tum etiam, porque aquel llamamiẽto colectiuo, y generalmente puesto a todos los que fundò, se ha de entender repetido en cada vno dellos como si para el especialmente lo huuiesse hecho, l. a uia, ff. de condict. & demonstr. l. in repetendis, ff. de legat. 3. l. cum servus, ff. de condict. institut. en cuyo caso no se puede dudar que la coniuncion fuesse verbis, & re, quia complexus nominum, & rei verificatur hoc modo, Ant. Fab. lib. 6. cõiect. cap. 1. Faquineo lib. 4. contr. cap. 94.

41 ¶ Tum etiam, porque quando, sin perjuyzio de la verdad, tan solamente huuiesse hecho verbal conjuncion en el llamiẽto colectiuo era bastante para que don Antonio se huuiesse de preferir en la sucesion del dicho vinculo a Iuan Gamero, el qual nec verbis coniunctim, nec verbis disinctis, està comprehendido en aquel llamamiento colectiuo, l. hæredes sine partibus, ff. de hæred. instit. ibi: *Hæredes sine partibus vtrum coniunctim, an separatim scribant; hoc inter est, quod si quis ex coniunctis decesserit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos qui coniũcti erant pertinet,* textus in l. vnica.

vnica, §. his ita definitis, verſ. *Si verò quidã*, & ibi gloſ. ordinaria, C. de caduc. tollend.

42 ¶ Y en terminos de la verbal conjuncion que ſea baſtante para auerſe de admitir a la ſuceſsion, es la ley ſi ita quis hæredes, ff. de hæred. inſtit. l. re coniuncti, ff. de legat. 3. & ibi gloſ. l. vnica, §. hoc ita tam varie, C. de caduc. tollend. argum. text. in l. planè, l. 1. in fin. ff. de legat. 1. ibi: *At ſi coniuncti disiunctiuè commixti ſint, coniuncti vnius perſonæ poteſtate funguntur*, Oſſuald. ad Donell. dict. lib. 7 cap. 13. lit. C.

43 ¶ Tertia coniectura, porque las perſonas inſtituydas, que fueron las primero llamadas en dichos vinculos, ſon las que mas amò, y quiſo el fundador, y aſsi fue viſto querer ſubſtituyr reciprocamẽte a ſus hijos, y deſcendientes, Menoch. conſ. 397. num. 11. Peregrin. conſ. 33. num. 7 & conſ. 71. n. 10. vol. 3. Mantic. de coniectur. libr. 7. tit. 5. numer. 14. Alexãd. Trentacinq. de ſubſtit. 5. part. c. 2. n. 24. Fuſſar. dict. q. 472. n. 7. & 8.

44 ¶ Quarta, porque a todos les prohibiò la enagenacion, en cuyo caſo inter inſtitutos cenſetur reciproca ſubſtitutio inducta, Fuſſar. dict. q. 472. num. 44. plures referẽs Caualcan. 3. p. deciſ. 18. n. 26 & 53.

45 ¶ Tunc, porque el dicho teſtador manifeſtò la dicha ſubſtitucion reciproca entre los hijos, y deſcendientes de aquellos que nombrò, llamãdo a los hermanos del poſſeedor q̃ fueſſe excluydo, y a los hijos del hermano ſobrinos ſuyos, demas de que la ſuceſsion de los dichos vinculos para q̃ fueſſe diſcurriendo de vnos en otros para ſiempre jamas, cõforme a la voluntad clara de el dicho fundador, no puede verificarſe de otra forma que admitiendo la dicha ſubſtitucion reciproca, y aſsi es preciſo entender la hizo el dicho teſtador.

46 ¶ De lo qual reſulta tener en ſu fauor el dicho don Antonio, no ſolo el llamamiento legal q̃ por pariente tranſverſal del fundador, y el mayorazgo, ſobre que ſe litiga, perpetuo le compete, ſi no tãbien ſe halla con llamamiento eſpecifico en virtud de

de la dicha sustitucion reciproca, como descendiente de Leonor, y con la calidad de la lignea de la primogenitura, y lignea mas predilecta del fundador, y auer sido primeramente llamada: calidades todas que manifiestan ser el legitimo sucessor de el dicho mayorazgo, sin que le puedan hazer competencia alguna los demas opositores.

Segundo Articulo.

Exclusion de Iuan Gamero.

47 ¶ No negarà Iuan Gamero el llamamiento legal de que se vale don Antonio, antes se fundarà en el e para introduzirse a la sucesion del mayorazgo, sobre que se litiga, porque de otra forma se viniera a hallar sin llamamiento alguno, porque no lo tiene expresso, y asi le es preciso valerse del legal por auer muerto el vltimo posseedor sin descendientes, y ser transversal de el fundador por descendiente de Iuan Martin de Algarrada su abuelo, cuya persona pretenderà representar.

48 ¶ Tum etiam, dirà que se ha de preferir a don Antonio, por ser descendiente de varon, y el dicho don Antonio de hembra, y que concurriendo destas dos ligneas a la sucesion del dicho vinculo, ha de entrar primero la del dicho don Iuã Gamero por descendiente varon, y hasta tanto que ayan faltado los descendientes della, no pueden tener lugar los de la linea del dicho don Antonio por descendientes de hembra, ex l. 2. tit. 15. part. 2. y que lo contrario fuera oponerse a vn principio regular, y cierto en la sucession de los mayorazgos, que es, de que el varõ ha de ser preferido en concurso de hembra.

49 ¶ Cæterũ his minimè refragantibus, D. Antonio se ha de preferir a el dicho Iuan Gamero.

50 ¶ Primò, porque el dicho don Antonio està llamado en virtud de la dicha substitucion reciproca que queda ponderada supra, num.

y afsi primero ha de ser admitido que no el dicho Iuã Gamero, ex l. cum ita, §. in fideicõmisso, ff. de leg. 2. ibi: *Admitti poßunt ij, qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tẽpore, quo testator moreretur*, l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2. l. fin. C. de verbor. signific. & ibi communiter scribẽtes, D. Molina lib. 1. cap. 4. num. 17.

51 ¶ Secundo, porque el dicho Iuan Gamero, ni la linea de quien desciende, que es Iuan Martin de Algarrada, no està llamada por el fundador, siendo afsi que tuuo tanta noticia della como de las demas, respeto de lo qual fue visto aborrecer la dicha lignea no auer querido llamarla, antes excluyrla, Baldo in l. 2. §. sed videndum, ff. ad Tertulianum, nũ. 2. ibi: *Cum alios voco, alios videor excludere*, Mieres 2. part. q. 8. n. 25. D. Castill. tom. 6. c. 178. num. 15. in fin. & n. 28. in princip. & melius lib. 3. c. 15. n. 29.

52 ¶ Lo tercero, porque siempre se ha de atender al comũ vso de hablar que el testador tuuo, y del se ha de tomar la interpretacion para deduzir, y sacar la voluntad, l. cum de lanionis, §. afsinam, ff. de fund. instruct. l. librorum, §. quod tamen casius, ff. de legat. 3. Mantic. de coniectur. libr. 3. tit. 8. nu. 1. Surdo conf. 313. nu. 87. & alij relati à Barbos. axioma 222. num. 7.

53 ¶ Y el comun vso de hablar que el fundador tuuo para excluyr a vno de la sucefsion de los vinculos que fundò, fue, diziendo que no la llamaua, vt constat ex clausul. 3. ibi: *Y a los que no lo hizieren afsi, los excluyo destos vinculos, y los doy por no llamados*, & in clausula 6. ibi: *Este tal yo no lo llamo a la sucefsion de estos vinculos, si no lo excluyo.*

54 ¶ De forma, que el no llamar el dicho fundador, fue excluyr expressamente: luego si la lignea de Iuan Gamero no la llamò el fundador, es preciso confessar auerla excluydo, por ser esto lo que manifestò, y diò a entender con las dichas palabras.

55 ¶ Lo quarto, porque si se admitiera a el dicho Iuan Gamero a la sucefsion del dicho vinculo en concurso de don Antonio, fuera oponerse a la dis-

D posicion

poſicion de derecho, llana, y corriẽte, y a vn precepto indubitable en materia de mayorazgos de que los llamados eſpecificamente han de ſuceder primero q̃ los otros que no lo eſtan, ex dictis ſupra.

56 ¶ Lo quinto, porque quando de lo referido no reſultaſſe el eſtar excluydo el dicho Iuan Gamero, ſi no que le confeſſamos el tener llamamiẽto generico, teniendo como tiene don Antonio llamamiento en eſpecie por deſcendiente de la dicha Leonor de Leon ſu abuela en virtud de la ſubſtitucion reciproca referida, era preciſo el auer de preferir a don Antonio en la ſuceſsion del vinculo a Iuan Gamero, aunque eſtuuieſſe en grado mas remoto, quia nominatus in ſpecie, licet, & poſterior in gradu nominatis in genere, quamvis priori loco præfertur, argumento legis in plurium, ff. de adquir. hæreditat. Caualcan. deciſ 28. num. 108. Mantic. de conjectur. libr. 12. tit. 17. numer. 18. Dom. Larrea deciſ. 44. num. 16.

57 ¶ Lo ſexto, porque en duda baſtaua tener en ſu fauor don Antonio la ſubſtitucion reciproca referida, y Iuan Gamero ſolo el llamamiento legal, en virtud de la clauſula extenſiua que ſe deduze de la naturaleza perpetua del mayorazgo; que es lo que tambien aſsiſte a don Antonio, y en eſtos terminos es ſin duda auer de ſer preferido a el dicho Iuan Gamero, ex doctrina Dom. Molin. lib. 3. c. 5. nu. 72. Decian. libr. 3. conſ. 21. num. 8. Alexand. Raudenſ. lib. 1. var. cap. 40. num. 3. & 4. Peregrin. de fideicom. art. 20. num. 5. Theſaur. deciſ. 64. n. 5. Font. de pact. gloſſ. 25. claſul. 4. n. 19.

58 ¶ Septimo, porque no obſta ſer deſcẽdiente de varon. Lo vno, porque no ha llegado el caſo de ſu llamamiento. Y lo otro, porque el fundador no prefiere a los varones, ſi no igualmente llamò a las hembras, ibi: *Varones, ò hembras.*

59 ¶ Octauo, porque no es de conſideracion que ſu abuelo fueſſe hermano mayor, porque eſte fue excluydo, y la abuela de don Antonio eſtà llamada; itaque nullius conſiderationis el ſer deſcendiente de hermano mayor.

Se-

Excluditur a Lorenço de Leon.

60 ¶ Lorenço de Leon se valdrà de lo mismo que don Antonio para entrar a la sucession de el mayorazgo, sobre que se litiga, valiendose, assi de el llamamiento legal, como de la substitucion reciproca que queda ponderada, por ser tambien descendiẽte de la lignea de Iuana Sanchez, que fue llamada, y hermana del vltimo posseedor.

61 ¶ Tum etiam, pretenderà que el se halla el pariẽte mas cercano, assi del vltimo posseedor, como del fundador, por lo qual se ha de preferir a dõ Antonio, y los demas opositores, ad tradita per Dominum Molinam lib. 3. cap. 9. à numer. 5. cum seqq. Dom. Valenç. Velazq. cons. 97. numer. 114. & 115. Dom. Castill. tom. 5. cap. 93. §. 13. num. 2. D. Paz de tenuta, c. 85. n. 62. Fussario de substit. q. 484. nu. 1. & quæst. 488. num. 23.

62 ¶ Pero sin embargo don Antonio se ha de preferir a el dicho Lorenço de Leon (aun considerado sin el impedimento conque se halla de estar posseyendo otro mayorazgo, de que no se duda sea incompatible con el, sobre que se litiga) porque la proximidad no se regula por las personas, si no por las ligneas, y aquel se dize mas proximo que lo està en la lignea, que lo es, quanto quier que respecto de su persona estè en grado mas remoto, hanc doctrinã citando a Guillermo, a Monçer. Couarr. & alios pro regula inter alios, tradit Ioannes Gutierr. lib. 2. Canonic. quæst. 14. num. 56. ibi: *Septima regula communis est, quod finita vna lignea in successione maioratus, non consideramus personam proximiorem, sed ligneam proximiorem, vt constat ex supradictis, & in tali lignea proximiori quærimus eum, qui descendit per ipsam ligneam rectam ex filio maiori, vt primogenitus eius ligneæ præferatur reliquis, & sic patruo suo.*

63 ¶ Eandem regulat repetit ipse Gutier. lib. 3.

lib.3.quæst.ciuil.q 67.aliás 68.num.46.& 47.vers. *Quod etiam probatur*, ibi: *Quod finita vna lignea prius admititur, & succedit decedens ex lignea sequenti, quam hi, qui sunt in cæteris ligneis, etiam si sint propinquiores, quod ex supra dictis latius comprobatur.*

64 ¶ Y el señor don Iuan de el Castillo cap.93. num.9. entre ocho conclusiones, ô reglas generales que propone que las tomó de Iuan Gutierrez in præfactis locis á numera, está en el septimo lugar, en el vers. *Septima conclusio*, vbi eadem verba Gutierrez transcripsit.

65 ¶ Y en el num.9. ita subscripsit: *Inde, & consequenter, quod si duo simul, atque eodem tempore concurrant, alter proximior, & alter remoxior sit in lignea vltimi possessoris preferendus est proximiori, qui est vltra eam ligneam, & proximitas non considerabitur personarum respectu inter omnes consanguineos, aut eos, qui ex familia institutoris procedunt, sed inter eos, qui in ea lignea sunt, quæ prerrogatiuam habet.*

66 ¶ Y en el num.9. ita suscripsit: *Inde, & consequenter, quod si duo simul, atque eodem tempore concurrant, alter proximior, & alter remoxior, si remoxior sit in lignea vltimi poßeßoris preferendus est proximiori, qui est vltra eam ligneam, & in alia lignea, & proximitas non considerabitur personarum respectu inter omnes consanguineos, aut eos, qui ex familia institutoris procedant; sed inter eos, qui in ea lignea sunt; quæ prerrogatiuam habet.*

67 ¶ Y la misma sentencia siguiò el señor Molina lib.3.cap.8.num.17 ibi: *Cum enim in lignea, vbi in hunc modum subiicit, cum enim lignea primogenitorum, cæteras ligneas præcedere debeat, & si decendentes ex illa in gradu remotiori constituti sint, vt pluries in duobus capitibus præcedentibus ostendimus, consequens est, vt nullo pacto prerrogatiua gradus poßit lineæ prerrogatiuam infrigere cum lignea, vt ibidem atque supra isto libro, cap.4.num.13. Ostendimus primo loco in primogeniorum succeßione considerando sit; poterunt tamen illa verba intelligi, vt prerrogatiua gradus inter eos, qui in eadem lignea constituti sunt seruetur, non autem inter eos,*

 qui

qui in potiore lignea inueniuntur hic, nam debent cæteros ex alia lignea procedentes præcedere, & si ab eis gradus proximitate præcedantur, sequitur hanc sententiam Velazquez de Auend. in l. 40. Taur. glos. 20. nu. 29. D. Castillo c. 93. n. 9.

68 ¶ Y la linea respecto de quien se ha de regular la proximidad, es la del dicho don Antonio por nieto de Leonor de Leon su abuela, que fue la hermana mayor del fundador, Gutier. canon. lib. 2. cap. 14. nu. 54. ibi: *Sexta regula communis est, extincta lignea recta descendentium, ad ligneam primogeniti colateralium maioratus successio pertinere debet, ex quo enim Doctores omnes, in dict. cap. licet de voto fatentur, quod in transuersalibus considerari debe primogenitura, quorum citat multos Tiraquel. de iure primogenituræ, quæst. 41. num. 1. Necessario etiam fateri debent, quod in successione transuersali non potest dari alia regula ad cognoscendum quis debet succedere, nisi quod succedat ille qui in transuersales fuerit primogenitus, & sic qui ex lignea primogenitorum descendat: neque enim vllo modo potest primogenitura considerari vnius transuersalis ad aliu cum transuersalis, transuersalem non generat; vnde primogenitura inter ipsos transuersales consideranda erit, vt succedere debeat qui inter ipsos fuerit primogenitus, & sicut in descendentibus lignea primogeniti prius consideranda est, vt dum aliquis ex eo superest, transitus ad ligneam secundogeniti non fiat, vt prædiccimus: idem obseruandum censeo in lignea transuersalium, vt prius admittantur, & vocentur ad maioratus successionem inter transuersales, qui ex lignea primogeniti transuersalis descendunt, eis autem omnibus finitis admitantur cæteri ex lignea secundogeniti transuersalis, & sic de cæteris; quia quilibet fratrum propriam ligneam constituit, & alter de alterius lignea nõ dicitur.* Las mismas palabras repite el señor Castill. dict. c. 93. n. 8. vers. 6.

69 ¶ Tùm, porque el dicho Lorenço de Leon no puede dezir es de la linea del vltimo possedor, porq̃ respeto del tã transversal, se halla el dicho Lorenço de Leon, como dõ Antonio, y de la linea de el vltimo posseedor, solo se pudiera dezir su

hijo,

hijo, ô descendiente, que es lo que no tuuo, pero no en el transuersal, que no llegô actualmete a posseer, y esta es la diferencia de la linea del vltimo possee-dor a la primogenitura, porque en esta basta que la cabeça de la linea aya tenido la calidad de ser mayor aunque no aya llegado a posseer, cæterum, en la de el vltimo posseedor, es preciso aya ocupado realmente, Dom. Castill. lib. 3. cap. 19. in plurib. locis, & cap. 93. n. 7.

70 ¶ De lo qual resulta, clara, y euidentemente que el dicho Lorenço de Leon no es el pariente mas cercano, si no solo don Antonio por descendiente de la linea primogenita, por serlo de hermana mayor, a cuya linea es a quien se ha de atender para regular el dicho parentesco, y respeto della es solo don Antonio, y hasta auer faltado todos los descendientes, no puede tener lugar el regular el parentesco de la linea de Lorenço de Leon, ex dictis supra.

71 ¶ Y no es de consideracion si Lorenço de Leon dixere que es descendiente de varō, por ser nieto de Iuan de Leon, porque sin embargo es de linea posterior, y menor a la del dicho don Antonio: por lo qual, hasta tanto que ayan faltado los descendientes de la linea de don Antonio, no puede tener lugar los de la linea de Lorenço, aunque les assista la calidad de varon, vt remanet probatum supra.

72 ¶ Túm, porque a don Antonio le assiste la disposicion de derecho, para que por descendiente de hermana mayor, y de la linea mas predilecta que el fundador tuuo, aya de ser preferido a Lorenço de Leon, y todos los demas descendientes de su linea, por ser menor, argument. l. pluuius 36 § fin. ff. de cōdit. & demonstrat. & quod in simili notauit Dom. Gregor. Lopez in l. 2. tit. 15. part. 2. glos. 7. Castrense in l. Gallus, §. etiam si parente, numer. 5. ff. de liber. & posthum. Fussar. q. 402. nu. 15. Larrea decis. 44. num. 16. Dom. Castill. libr. 3. cap. 15. num. 24.

Túm,

73 ¶ Tùm, porque le asiste a la linea de don Antonio el auer sido la primera llamada q̃ las demas lineas: y assi ha de ser la primera que se admita a la sucessiõ, y de la mesma forma sus descendientes, l. generaliter, §. quid ergò, ff. de fideicom. libert. l. cum pater, §. penúlt. ff. de legat. 2. D. Castillo lib. 3. c. 15. n. 27.

73 ¶ Tum, porque quando lo dicho cessasse, Lorenço de Leon se halla posseyendo vn vinculo. Por lo qual está excluydo de la sucessiõ de el que aora pretende, porque conforme a la voluntad del fundador ningun posseedor ha de poder tener mas que solo vn vinculo, y en duda se ha de presumir la incompatibilidad Real, para que ninguno aya de poder tener dos vinculos, l. in ratione, §. si filio, l. qui fundum, §. qui filius, ff. ad legem aquiliã, l. denique, §. fin. ff. de pecul. legat. l. Lucius, §. pater, ff. ad Senat. Consult. Veleyan. Dom. Larrea decis. 51. num. 10.

74 ¶ Túm, porque no obsta auer renunciado el dicho mayorazgo a fauor de Marcos de Leon su hijo, porque la dicha renunciacion fue dolosa, y para efecto de perjudicar a el dicho don Antonio en el vinculo, sobre que se litiga, como se manifiesta por la renunciacion misma, donde dize la haze para efecto de suceder en el vinculo, sobre q̃ se litiga: por lo qual la dicha renunciacion es nula, y se ha de tener el dicho Lorenço de Leon por verdadero posseedor, y sucessor del vinculo renunciado, ex l. Iulianus 14. ff. si quis omissa causa testaméti, ibi: *Non enim caret dolo, pater honore proprio omisso propter compendium alienam substitutionem moluit*, l. miles, §. socer, ff. ad legem Iuliam, de adulter. l. 3. C. de repudijs, cap. fin. de renuntiat. lib. 6. Dom. Paz de tenut. 2. part. cap. 57. num. 216. Dom. Valençuela Velazq. cons. 83. num. 75. Dom. Larrea dict. decis. 51. num. 35.

75 ¶ De lo qual resulta quedar excluydo el dicho Lorenço de Leó, y no tener fundamento alguno en lo que pretende.

Exclusion

Exclusion de sus hijos.

76 ¶ Marcos de Leon, hijo mayor de Lorenço, no litiga, ni ha salido a este pleyto, assi en las instancias de la Chancilleria, como ni tampoco en la del inferior, y assi exclusus remanet, quia in iuditio nõ est. Y solo pues viene a ser el opositor principal Bartolome de Leon, hijo segundo de Lorenço.

77 ¶ Bartolome de Leon, hijo segundo de Lorenço, pretende ser el legitimo sucessor de el dicho vinculo, porque le assisten las reglas, y llama mientos que a su padre, y que su padre hallandose impedido por posseer otro mayorazgo se ha de cõsiderar, tanquã si non est esset, y q̃ assi viene a quedar el solo por legitimo sucessor.

78 ¶ Dirá assimismo Bartolome que a el le assiste la voluntad expressa de el testador que llamô a el hijo del excluydo, vt constat ex clausula, ibi: *Y por esso digo, que a los que fueren excluydos en estos vinculos, sucedan los segundos hermanos, y no auiendolos, suceda el segundo hijo varon, ò hembra, primò, ò el hermano que fuere tras el, ò del excluydo* Y que assi auiẽdose de cõsiderar su padre como excluydo; y q̃ es cierto que el es su hijo segundo, se ajusta a el mismo lo literal de la dicha disposicion.

79 ¶ Pero sin embargo no tiene fundamento en lo q̃ pretende. Lo primero, porque, ô pretende la sucessiõ por el llamamiento, y cabeza de su padre, ò por el llamamiento de su propia persona misma, y por el vno, ni el otro tiene entrada para la sucessiõ del dicho vinculo.

80 ¶ No por el llamiento del padre. Lo primero, porque oy viue, y pretende la sucessiõ del mismo vinculo, y el hijo en concurso del padre, no puede tener lugar, quia pater primo admitti debet, l. potest, ff. de vulgar. l. Iurisconsultus, §. gradus, ff. de gradibus.

81 ¶ Lo segundo, porque siendo, como

es cierto, que el padre se halla impedido con el vinculo que possee, quedò excluydo, y sin llamamiento para la sucession del vinculo, sobre que se litiga, y de la misma forma lo quedaron todos sus hijos, y descendientes por militar en ellos la misma razõ que en el padre mismo, D. Castill. tom. 3. c. 15. n. 76. plures referens, quod quidem procedit etiam si filij sint vocati, quia patris prætextu admittũtur, & ideo excluso patre ipsi quoque excluduntur, D. Larrea decis. 51. n. 26. alios plures referens.

82 ¶ Aliàs, cediera vn absurdo graue de que quedando excluydo el padre, y que por esto no podia constituyr linea, diera capacidad a sus hijos constituyendola para con ellos, argum. text. in l. cum pater, §. libertis, ff. de legat. 2. ibi: *Alioquin per absurdum erit, vice mutua, petitionem induci, scilicet, vt ab altero partem vlienatam quis petat cum partem suam al e nando perdiderint.* Cuya consideracion pondera con otros muchos el señor Larrea decis. 51. n. 24.

83 ¶ Y en terminos que por auer faltado el llamiento del padre falte el del hijo es el cap. 1. si vassallus, feud. priuet. Robles de represent. lib. 2. c. 1. n. 2. plurimos referens.

84 ¶ No tampoco por su propia persona porque por ella no tiene especifico llamamiento por hijo de su padre mismo, Dom. Larrea decis. 51. num. 31. in medio, ibi: *Quo sit, vt neque tanquam descendens primogeniti eius filius possunt admitti, cum in parte substitutio locum non habeat, neque ex se vocatus sit, quia dato in patre concursu maioratuũ, alterius lineæ successores substituuntur, & ideò non videntur filij primogeniti habere vocationem ex se cum descẽdentes substituũtur, & non possũt considerari substituti quando eorum ascendens per incompatibilitatem excluditur.*

85 ¶ Y era necessario para que se pudiesse dezir tener llamamiento por su persona, quod proprio nomine specialiter vocaretur, Socino libr. 3. cons. 127. num. 27. Rolando á Valle volum. 3. cons. 70. num. 70. Alexand. Raudens. de Analog. cap. 37. num. 108. & num. 121. Mandelo Albense

cons. 58.

consf.58.num.18. Dom.Castillo tom.6. cap.178. nu.10. y que Bartolome de Leon, proprio nomine nulam vocationem habet.

86 ¶ Ergò necessario sequitur, que Bartolome no puede tener lugar para la sucesion de el vinculo que pretende.

87 ¶ Lo segundo, porque el fundador de los dichos vinculos por el mismo hecho de que no quiso que vn solo posseedor tuuiesse dos manifiestos que su motiuo principal fue de socorrer todas las lineas que llamó, para que todas se conseruassen con lustre, pompa, y obstentacion, quedando perpetua su memoria en ellos, vt resoluit Rippa in Rubrica, C. de secund. nupt. num.7.& 12. idem Rippa respons.1. sub tit. de substit. num.15. Gaspar Antonio Thesauro lib.1. quæstionum forens. quæst.34. num.6 Roland.consf.58.num.80. volum.3. Natta consf.676.num.41.libr.4. Alciato respons.101. numer.16.in fin. Dom.Castill.lib.6.cap.178.num.15. in medio.

88 ¶ Y sucediendo en el dicho vinculo Bartolome de Leon se vinieran a hallar en vna misma linea dos vinculos contra la mente, y volũtad del fundador, quod quidem admitti non debet argument. legis illis libertis, ff. de condit.& demonstrat. l. si quis pecuniam, ff. si quis omisa causa testament.

89 ¶ Y solo se pudiera cumplir la voluntad del fundador, sucediendo don Antonio en el di
cho vinculo que se hallan con las calidades necessa
rias, y sin posseer alguno de los dichos vinculos, y
sin esperança proxima a ellos, porque el que se de-
xô a Leonor de Leon su abuela passô a Marcos Mu-
ñoz su hijo mayor, que es quien lo está posseyen-
do, y este tiene ocho hijos; y assi está entroncado en
linea diferente.

90 ¶ Y estas razones, que sin duda alguna mouieron al testador a que lo dispusiesse assi, se ha de tener por disposicion expressa para que no suceda Bartolome, sino solo don Antonio, ex l. scire, §. aliud,

§.aliud, ff.de escusation.tutor. ibi: *Sed etsi maximè verba legis hunc habent intellectum tamen lex Legislatoris aliud vult*, l.2. §.si mater, ff.ad Tertul. ibi: *Tuto licet verba deficiunt sentencia constitutionis locum habere*, Ant. Amat. resolut. 1. num. 87. Carp de executor. lib.1.cap.11.num.10.

91 ¶ Terciò, porque es condicion expressa de la dicha fundacion que los posseedores de los dichos vinculos, han de ser casados para posseerlos, vt constat ex clausul. 9. ibi: *Y con condicion que todos los que sucedieren en los dichos vinculos han de ser casados.*

92 ¶ Cuya calidad se ha de tener a el tiẽpo de la sucession misma, l.interdict. ff.de condit.& demonstrat. Dom.Molin.lib.1.cap.13.num.37.& lib.3.cap.2.num.16.& 17. Mieres part.1.quæst.2. num.11.& p.2.q.3.n.33.alios plures referens Dom. Castill.lib.3.c 15.n.3.

93 ¶ Y esta falta en Bartolome, y assi le ha de seruir de impedimento para no ser admitido a la sucession del dicho vinculo, porque primo, & ante omnia, deuia auer cumplido con la dicha calidad, l.cum ita legatum, ff.de condit. & demonstrat. l.2.C.de instit.& substit. Mantica de coniectur. lib. 11. tit. 18. numer. 5. Fontanell, de pactis, clausul. 6. glos. 3. part. 4. num. 23. Y bastaua el no auer cumplido con la dicha condicion, para que aun en caso de que tuuiesse llamamiento expresso, se huuiesse de considerar, como no instituydo, ni llamado, l. etiam, §. si patronos, ff. de bon. libert. ibi. *Aut enim impleta est, & pure institutus est, aut non est, & neque hæres institutus est*, Fulgos. consil. 61. numer. 6.

94 ¶ Quarto, porq̃ ningũ derecho puede cõsiderarse en Bartolome mayor que el que tenia su padre mismo indepẽdiente del vinculo que possee, quia nula maior vis potest considerari in causato, quam in causante, vt ait Bald. in l. pactum dotale, C.de collation. quæst.18. Dom.Castill.lib.3.cap.15 numer. 64.

Luego

95 ¶ Luego si Lorenço de Leon, padre del dicho Bartolome, independiente del dicho vinculo, no tiene derecho alguno para la sucesion de el que aora se preteude en concurso de don Antonio, vt remanet probatum supra, porque don Antonio se halla descendiente de linea mayor, y con la calidad de la linea de la primogenitura; y que asimismo su linea fue primeramente llamada, y asi ha de tener prelacion en la sucesion per textũ, in l. generaliter, §. quid ergo, ff. de fideicom. libert. l. cum pater, §. penult. ff. de legat. 2.

96 ¶ Tampoco à de poder tener derecho Bartolame en concurso de don Antonio; porque vẽcido el padre, ha de quedar vencido el hijo, que es el que menos derecho tiene en concurso de su padre mismo, ex regula ordinaria, si vinco vincentem te, à fortiori vincam te, l. dationibus, ff. de diuers. & tẽpor. præscript.

97 ¶ Especialmemte, limitando en el hijo la misma razon de vencer que en el padre mismo, D. Couarruv. lib. 1. variar. cap. 7. num. 3. D. Castill. lib. 3. cap. vltim. per tot.

98 ¶ 5. Porq̃ no le asiste en su fauor la disposicion de la dicha clausula 8. ibi: *Sucedan los segundos hermanos, y no auiendolos, suceda el segundo hijo varon, ò hembra, primo, ò hermano del muerto, hijo del hermano que fuere tras èl, ò del excluydo.*

99 ¶ Lo primero, porque Bartolome de Leon, no se puede dezir hijo del excluido; porque Lorenço de Leon su padre, non tàm exclusus, quàm non admissus videtur, argum. leg. 1. ff. de his, quæ in testament. delent. ibi: *Non tàm adempta, quàm non data hæreditas videatur*, quod quidèm probatur por los fandamẽtos que se ponderan en su exclusion.

100 ¶ Lo segundo, porque no obsta, si por Bartolome de Leon se dixere, que su padre es hijo de Iuana Sanchez, hermana del vltimo posseedor, y que asi tiene expresso llamamiento. Porque se responde, que

que el hijo que està llamado del hermano del vltimo posseedor, es el hijo segundo, y Lorenço de Leon, es hijo primogenito, y se halla con hermana segunda, y assi no viene a tener expresso llamamiento; sino antes exclusion notoria; porque auiendo llamado a el hijo segundo, fue visto, querer no sucediesse el primero, ex l. cum Prætor, ff. de iudic. vt remanet probatum supr. num.

101 ¶ Lo tercero, porque quando Lorenço de Leon se dixesse excluydo, tampoco tiene llamamiento Bartolome; porque no està llamado el hijo del excluydo, sino el hijo del hermano del excluydo; y esto se manifiesta por las palabras primeras de la clausula misma, ibi: *Y por esso digo, que a los que fueren excluidos en estos vinculos, sucedan los segundos hermanos.* De forma, que en caso de exclusion no llamò a los hijos; sino a los segundos hermanos, y assi fue visto querer excluir a los hijos del excluido mismo, para que sucediessen los hermanos segundos, Menoch. lib. 4. præsumpt. 89. num. 94. Emanuel Costa in cap. si pater, 1. part. verbo, *Si absque liberis*, num. 10. D. Larrea, decis. 51. nu. 29.

102 ¶ Luego precissamente se ha de entẽder, que en la palabra de la dicha clausula, *ò de el excluido*, no està llamado el hijo del excluido mismo; porq̃ siempre se ha de reduzir su interpretacion a la inteligencia de las palabras primeras de la dicha clausula, adonde no estàn llamados los hijos de el excluido, textus est vnicus, in l. in ratione, §. filio, ff. ad legem falcidiam, Alexander Raudens. respons. 30. numer. 78. lib. 2.

103 ¶ Y esto corre con mayor razon, quãdo las palabras posteriores de la dicha clausula son obscuras, y las precedentes a ella, claras, y determinables; porque en este caso, las palabras de las clausulas precedentes determinan, y declaran las subsequẽtes, Bald. in l. legatorum petitio, §. vlt. in fin. ff. de legat. 2. & in l. si cum fundum, ff. de verbor. obligat. Mantic.

de

de coniect.lib.6.tit.13.num.14.D.Castill.lib.3.cap.15.num.31.& 32.

104 ¶ Sed sic es, que en las palabras precedentes de la misma clausula, no admite a los hijos de el excluido: antes los excluye por llamar a los hermanos segundos del: ergò en la palabra de la dicha clausula posterior, ibi: *O del excluido*, se ha de entender, no quiso llamar al hijo del excluido mismo; sino a el de el hermano del excluido, que era a el que dexaua llamado antes.

105 ¶ Tùm, porque el fundador no quiso dexar esto en terminos dudosos; porque lo declarò expressamente en las palabras posteriores de la clausula 10. tratando de la exclusion de otro, ibi: *Suceda el sobrino deste tal varon mayor, ò hembra de el hermano, hijo de el hermano que fuere tras el excluido, no teniendo otro vinculo.*

106 ¶ Vndè succedit regula, quod vna pars testamẽti aliã declarat, l. qui filiabus, l. si servus pluriũ, §. vltim. ff. de leg. 1. l. quæsitum, §. Papinianus quoq; ff. de fund. instruct. Mantic. de coniectur. lib. 6. tit. 13 num. 5. Simon de Prætis, lib. 2. interpr. 3. dub. 1. solut. 3. num. 64.

107 ¶ Aliàs daretur incontinenti voluntatis correctio; porque no auiendo admitido a los hijos del excluido en la primera parte de la clausula, en lo vltimo della los viniera a admitir, quod quidèm minimè admitti debet; quia nullo modo præsumitur, l. eum qui, ff. de probat. cap. scripta de præsumpt. Surd. decis. 111. num. 9. Flamin. Paris. de resig. lib. 9. quæst. 25. num. 16. Cald. Pereyr. de potest. eligend. cap. 3. num. 41.

108 ¶ 2. Porq̃ el sentido de la dicha palabra, *ò del excluido*, ha de ser en conformidad de lo que inmediatamente antes iua hablando; y en la palabra antes llama al hijo del hermano de el muerto, luego la palabra, *ò del excluido*, se ha de entender de hijo de el hermano del excluido: y esto se ajusta a la diccion, ò

quæ ſemper ponitur inter diuerſa, idem importantia Bar. in Rubr. ff. de acquir hęred. Menoch. conſultat. 416. num. 16 & 646. num. 2. Barboſ. diſt. 415. nu. 1. & 2. Rom. conſ. 83. num. 2. Y aſsi auiendo llamado antes a el hijo de el hermano de el muerto: las que le correſponden han de ſer a hijo del hermano de el excluido.

109 ¶ Lo tercero, porque en duda, ſiempre ſe ha de atender a la voluntad de los fundadores, y conſtando deſta, es ſuperflua la formalidad de ſus palabras, l. 1. C. ſi minor ab hæreditate ſe abſtineat, ibi: *Fides veritatis, verborum adminicula non deſiderat*, l. in cõventionibus 219. ff. de verbor. ſignific. l. fin. C. quæ res pign ibi: *Cum ſit iuſtum voluntatem contrahentium, magis quàm verborum conceptionem inſpicere*, cap. intelligentia de verb ſignific. ibi: *Intelligentia verborum, ex cauſis eſt aßumenda dicendi: quia non ſermoni res; ſed rei ſermo debet eſſe ſubiectus.*

110 ¶ Y aqui la voluntad del fundador fue clara, y manifieſta en las palabras primeras de la dicha clauſula, de que no ſucedieſſen los hijos de el excluido. Por lo qual no ſe ha de atender a la formalidad de la palabra ſiguiente, ò de el *excluido*, quando eſtà tan confuſa con tanta equiuocacion, que parece caſi impoſsible el entenderla junta con otras, como ſon *primo, ò el hermano del muerto*, que ſon ſuperfluas, y no adaptables a la clauſula miſma.

111 ¶ Vltimò, porque quando todo lo dicho ceſſaſſe, no ha llegado el caſo de el llamamiento del hijo del excluido; porque el fundador en la dicha clauſula preuino dos caſos. El vno quien auia de ſuceder por muerte de el vltimo poſſeedor, ibi: *Primo, ò hermano del muerto, hijo del hermano que fuere tras del.*

112 ¶ Y el otro, quien auia de ſuceder en caſo de excluſion del poſſeedor de alguno de los vinculos, ibi: *Y por eſſe digo, que a los que fueren excluidos de eſtos vinculos, &c.* Y en cada vno deſtos dos caſos diſtintos, diò llamamiẽto expreſſo a la perſona que auia

de

de suceder en el primero de auer vacado el vincolo por muerte de el posseedor llamò a el hijo segundo de el hermano del muerto, ibi: *Suceda el segundo hijo varon, ò hembra, primo hermano del muerto, hijo del hermano que fuere tras el.*

113 ¶ Y en el caso de la vacante de el vinculo, por la exclusion de el posseedor mismo hizo llamamiento en la palabra, *ò de el excluydo*, en la qual se funda Bartolome para dezir està llamado el hijo del excluydo.

114 ¶ Luego precisamente se ha de atender a la dicha disposicion en quanto a lo que se ajusta, y mira a la vacante de el vinculo, sobre que se litiga, sed sic est, que el dicho vinculo no vacò por exclusion de el posseedor de el, porque huuiesse incurrido en alguna de las condiciones, porque les excluye el fundador, si no por muerte de el vltimo posseedor; luego tan solamente se ha de atender a la dicha clausula en quanto a lo que dispone en el caso de la vacante por muerte de el vltimo posseedor, que es donde llama a el hijo segundo de el hermano de el muerto, y no a lo que mira en el segundo caso de la vacante por exclusiõ de la palabra de la clausula, ibi: *O del excluydo*, porque no ha llegado el caso.

115 ¶ Tum, porque si se diera auer llegado el caso de la exclusion, era preciso que en el estado presente se litigasse sobre dos mayorazgos. El vno, que Lorenço tiene por exclusion del, y a este era a el que venia a justarse el llamamiento de la clausula del hijo del excluydo. Y el otro, el que vacò por muerte del vltimo posseedor, porque de otra forma no se pueden ajustar las palabras de *hijo de hermano del muerto, ò de el excluydo*; y ya se vè quan absurdo es el dezir se litiga por otro mayorazgo mas que el que vacò por fin, y muerte del vltimo posseedor.

116 ¶ Tum, porque no se puede negar q̃ la dicha clausula, y el fundador en ella distingua los los dichos dos casos referidos, porque en la vacante

H por



por muerte del vltimo posseedor se verifica solo el llamamiento del hijo segundo de el hermano de el muerto, y no se puede ajustar el llamamiento del hijo del hermano del excluydo, ni del hijo de el excluydo mismo, porque no ay excluydo alguno, luego precisamente se ha de confessar son dos casos los que el fundador distingue.

117 ¶ Y aqui solo se litiga por muerte del vltimo posseedor, y no por exclusion de alguno, porque el que se pudiera dezir excluydo era Lorenço, y este no se considera por tal, porque antes pretende la sucession.

118 ¶ Tum, porque si en la palabra de la dicha clausula, *ò del excluydo*, se entendiera auer llamado el fundador a el hijo del excluydo mismo, dieramos que auia dispuesto diferentemente en el caso de muerte, llamando a el hijo del hermano, que en el caso de la exclusion, admitiendo a el hijo del excluydo, quod quidem verosimile non est, porque milita lo mismo en el vn caso que el otro, y assi se ha de presumir que el llamamiento fue igual en ambos, llamãdo a los hijos de los hermanos.

119 ¶ De lo qual resulta, que el dicho Bartolome de Leon no tiene en su fauor la disposicion de la dicha clausula por no tener llamamiento el hijo del excluydo, ni tampoco auer llegado el caso quãdo lo tuuiesse, y que assi no tiene derecho alguno para la sucession del dicho vinculo, demas de hallarse embarazado con el impedimento que su padre tiene por estar posseyendo vno de los dichos vinculos; y si aora se le diesse a Bartolome el que pretende, se hallaràn en vna misma lignea dos vinculos contra la mẽte, y voluntad del fundador, que atendiò, y mirò a acomodar todas las ligneas, dandoles vinculos que posseyessen.

120 ¶ Y don Antonio solo es el que se halla dessembarazado, porq̃ el mayorazgo de su abuela entroncò en lignea diferente, y se halla con todas

las

16

las calidades que por el fundador se requieren, assistiendole el ser descendiente de hermana mayor, y de la lignea mas predilecta, que el fundador tuuo substituyda reciprocamente en los dichos llamamientos, y sin que le pueda hazer competencia alguna a Iuan Gamero por no ser el susodicho llamado, ni tampoco le dexò cosa alguna de la herencia, con que fue visto aborrecerlo, respecto de que se ajusta claramẽte, que quien es el legitimo sucessor del vinculo que se pretende, es don Antonio, sin que le puedan hazer competencia alguna a los demas opositores. Y assi espera se ha de declarar. Salva, &c. V.D.C.

Lic. D. Juan Terroña Perea.